

A Democracia Deliberativa e a Gestão Democrática no Estatuto da Cidade - Consoante Entendimento Jusfilosófico Habermasiano

Sérvio Túlio Santos Vieira

Desembargador (aposentado) do TJ/RJ. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFF, pela qual é Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais. Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad del Museo Social Argentino-UMSA.

1. INTRODUÇÃO

No presente texto, pretende-se apresentar breve análise sobre a influência do entendimento jusfilosófico habermasiano acerca da democracia deliberativa e da gestão democrática, no Estatuto da Cidade, instituído pela Lei nº 10.257/01. Parte-se inicialmente de simples estudo sobre Modernidade, Pós-modernidade, Estado e Município. Prossegue-se com anotações sintetizadas em torno de república, democracia, deliberação e gestão democráticas, estas capitaneadas por Jürgen Habermas e abordadas por outros autores. Em seguida, busca-se demonstrar que os princípios habermasianos - perfilhados pelas normas legais do Estatuto, na elaboração do plano diretor do Município, de cunho obrigatório para os que contam mais de 20.000 habitantes, e na sua gestão democrática - devem ser observados e postos em execução, em benefício dos munícipes. Conclui-se com enfoque dos conseqüências negativas da inobservância dos dispositivos legais do

Estatuto, dentre eles o que dá origem à cidade ilegítima, fonte de demandas judiciais.

2. MODERNIDADE, PÓS-MODERNIDADE, ESTADO E MUNICÍPIO

2.1 - Modernidade e Pós-Modernidade

Malgrado não se possa afirmar que o marco inicial da modernidade é a Revolução Francesa, cumpre ressaltar a relevância desse fato social que pôs fim ao Antigo Regime. Entendimento corolário de aprofundado estudo assevera que a modernidade é proveniente de fatos sociais que antecederam a Revolução Francesa, vale dizer, o Movimento Iluminista e a Revolução Industrial.¹⁻²⁻³

Os cientistas sociais são unânimes em afirmar que a modernidade traz em si um projeto civilizatório, diverso do Antigo Regime, pautando-se pela compreensão do mundo e por grandes mudanças, inclusive do conceito de revolução. Houve o rompimento com a época em que o aproveitamento dos benefícios se dava em prol de indivíduos privilegiados e de poucos grupos sociais. As pessoas eram vistas como simples integrantes da coletividade, sem direito de atuação por si só. Antes da modernidade, o Estado, impunha normas jurídicas que integravam um sistema em que a maioria dos indivíduos era mantida na “menoridade”, em arremedo de incapacidade relativa, e necessitavam de “tutores”, ocorrendo, em muitos casos, flagrantes violações dos direitos humanos.

¹ Zygmunt Bauman afirma: “Quero deixar claro desde o início que chamo de ‘modernidade’ um período histórico que começou na Europa Ocidental no século XVII com uma série de transformações sócio-estruturais e intelectuais profundas e atingiu sua maturidade primeiramente como projeto cultural, com avanço do Iluminismo e depois como forma de vida socialmente consumada, com o desenvolvimento da sociedade industrial (capitalista e, mais tarde, também a comunista)”, in **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 299 e 300.

² Anthony Giddens prefere conceituar a modernidade sem aludir ao seu marco inicial, com esteio em Weber, afirmando que se cogita de um “estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência” (**As Consequências da Modernidade**. São Paulo, Editora Unesp, 1991, p.11).

³ Krishan Kumar entende que “a Revolução Francesa, tornou-se comum dizer, levou o mundo para uma nova era da história. Marcou o nascimento da modernidade - isto é, de uma época que está em constante formação e reformação diante de nossos olhos” (**Da Sociedade Pós-Industrial à Pós-Moderna**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2006, p.119).

Ao reverso da época que a precedeu, a modernidade passou a se pautar pelos princípios da universalidade, da individualidade e da autonomia.

O princípio da universalidade busca beneficiar todas as pessoas naturais, sem distinção. O da individualidade respeita a personalidade da pessoa, deixando de considerá-la como simples integrante da coletividade. O princípio da autonomia permite ao indivíduo pensar e agir em qualquer espaço público, seja qual for sua religião ou ideologia, podendo adquirir bens e serviços para sua sobrevivência.

Além disso, a modernidade caracteriza-se pela valorização da razão, com uma dimensão cognitiva prática, na expressão kantiana, e emancipatória, além do desenvolvimento da autonomia e da liberdade.⁴

O Iluminismo e a Revolução Industrial, como foi dito, são fatos sociais que marcam o início da modernidade, ao mesmo tempo em que figuram como seus progenitores. Já a pós-modernidade não conta com um marco exato do seu tempo. Reconhecida como uma época posterior à era moderna, com profundas modificações sociais, a pós-modernidade pode ser considerada descendente em linha reta em primeiro grau da modernidade e, em segundo, do Iluminismo e da Revolução Industrial.

Além da maternidade natural, a pós-modernidade conta com uma maternidade adotiva. Trata-se de outro fato social que modificou os padrões sociais: a Terceira Revolução Industrial. De índole tecnológica, corolário do desenvolvimento capitalista, iniciado

⁴ Gilvan Luiz Hansen anota que “a Razão é, de fato, o elemento comum a todos os seres humanos e, por isso, assume a condição de fundamento a partir do qual o mundo deve ser organizado. É ela quem deve, a partir de agora, dar unidade e sentido a todas as esferas que compõem a existência humana. Tudo quanto pretenda ter legitimidade para existir necessita, pois, de submeter-se ao crivo da Razão. Na esfera política, destarte, somente é considerado legítimo o governo que basear suas decisões em argumentos racionais, os quais possam ser conhecidos e discutidos pelos membros da sociedade e aceitos como válidos. Igualmente, só têm validade as leis e normas jurídicas fundadas em critérios racionais e que possam ser submetidos ao domínio público; as constituições passam a ser, nesse período, uma exigência social, uma vez que se tornam a consagração de princípios racionais cujos conteúdos vão nortear as ações de governos, magistrados e demais indivíduos” (**Modernidade, Utopia e Trabalho**, Londrina: Editora Cefil, 1999, p. 37).

no final da primeira metade do século XX, a Terceira Revolução Industrial introduziu na sociedade um novo comportamento proveniente dos meios de comunicação que chegaram à informatização e à cultura diferenciada do capitalismo.

Uma das características da modernidade é a constante marcha adiante. É incessante e frenética na busca pelo novo. Ela sempre está em movimento para frente, em busca da renovação. Há entendimento no sentido de que a pós-modernidade é um tempo que vem depois do decesso da modernidade. Esta, todavia, está mais para uma anciã lúcida - que sempre está a beber na fonte da juventude, de modo a caminhar de mãos dadas com a pós-modernidade - do que para um tempo posterior à era em que teve fim.

A pós-modernidade, é inequívoco afirmar, se traduz em época posterior à da modernidade. Situa-se, repita-se, entre o final da primeira metade do século XX e o mundo contemporâneo. Em velocidade empreendida além do razoável, caminha rumo à busca do novo, contribuindo para a modificação do comportamento social.⁵ O significado que o prefixo “pós” pode incutir no leitor é desinfluyente, apesar da preocupação de respeitáveis autores, como ocorre com os pensamentos de Kumar⁶ e de Hansen.⁷

A tradição, o conteúdo e as características da modernidade estão a consagrar que o significado da pós-modernidade é de um tempo que vem depois do seu advento, apresentando-se in-

⁵ Segundo Anthony Giddens a designação “pós-modernidade” foi popularizada nos meandros das ciências sociais por Jean-François Lyotard, in *“The Post-Modern Condition”*. Para ele, a pós-modernidade é atinente “a um deslocamento das tentativas de fundamentar a epistemologia, e da fé no progresso planejado humanamente” (obra citada, p. 12).

⁶ Krishan Kumar sustenta que, “o ‘pós’, de pós-modernidade é ambíguo. Pode significar o que vem depois, o movimento para um novo estado de coisas, por mais difícil que seja caracterizar esse estado tão cedo assim. Ou pode ser mais parecido com o *post* de *post-mortem*: exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver” (obra citada, p. 106).

⁷ Gilvan Hansen, ao tratar a modernidade como um projeto inacabado, afirma que “a pós-modernidade é entendida por muitos como um novo tempo, sucedâneo à Modernidade, no qual se realiza o fêretro da razão moderna, com a amarga despedida de um defunto que criou muitas expectativas mas sucumbiu aos efeitos de suas próprias ilusões. Entretanto, não são poucos os pensadores que identificam na pós-modernidade um período de crise interna da própria razão moderna e que, enquanto momento crítico-destrutivo, agudiza e expõe os males que atingem a razão no limiar do século XXI” (obra citada, p. 140-141).

teiramente compatível com a natureza do que é hipermoderno. A renovação não cessa - como ocorre com a informática e com a tecnologia paralela - na tentativa de aprimorar o moderno.

A modernidade é responsável pela estruturação do Estado, um dos seus consectários. A pós-modernidade ficou encarregada de aprimorar essa estruturação. Muitas vezes, porém, ela não consegue satisfazer os interesses difusos ou coletivos, em decorrência da omissão dos responsáveis pela adoção de princípios e execução do que foi determinado por norma de cunho imperativo ou do desvirtuamento dos seus objetivos, frustrando as expectativas da modernidade, impregnada, como foi dito, do caráter extremamente civilizatório. Os movimentos de renovação e da busca pelo novo, no mundo contemporâneo, devem estar voltados para mudanças que venham proporcionar o bem-estar dos indivíduos participativos.

2.2 - Estado e Município

Na era da modernidade, a França viveu, entre 1789 e 1799, os efeitos de adentradas mudanças na sua estrutura econômica, política e social. Essas mudanças se disseminaram não só pelos países europeus como também pelos demais, dentre eles o Brasil, sendo por eles absorvidas. Poucos anos após, foi proclamada a Independência que garantiu sua autonomia de Portugal. Em seguida, restou promulgada a Constituição Imperial de 1824, estruturando-o em Províncias e atribuindo competência aos seus quatro Poderes, privilegiando o Moderador.

A estruturação do Estado, ainda que rudimentar, surge como uma das mais importantes mudanças, ou seja, um dos principais consectários da modernidade, como mencionado. Mesmo organizado como imperial, é admitido como governo de leis. Consagrada a divisão dos poderes, já se vislumbra o Estado voltado para os indivíduos participativos, que podem agora contar com a legitimidade do Poder Legislativo para fazer das normas de conduta um dever de respeito, obediência e submissão ao que devem ou podem fazer; do Poder Executivo para, com supedâneo em normas legais e regulamentares, dedicar-se à Administração Pública;

e com o funcionamento do Poder Judiciário, para solucionar os conflitos emergentes das relações e dos fatos jurídicos.

No tempo do Brasil Império não havia Município. O território brasileiro era dividido em Províncias. Existiam Cidades e Vilas (arts. 2º e 167, da Constituição de 1824).

A Constituição de 1891 convolou as Províncias em Estados, o Município neutro, em Distrito Federal e reconheceu a autonomia municipal sem, contudo, especificá-la (arts. 2º, 15 e 68). A Constituição Federal de 1934 fez parcimoniosa previsão de autonomia do Município. Mas a aquisição dessa autonomia só se verificava quando o Território - onde ele se situava - era, por lei, erigido em Estado (art. 16 § 2º).

As Constituições Federais de 1937, 1946 e 1967, sequer se referiram àquela autonomia, reconhecendo, apenas, o poder de tributar do Município. A Constituição de 1937 consagrou o Estado Federado, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. O Município ganhou autonomia (arts. 3º e 26). A Constituição de 1946 manteve a Federação, denominando-a de República, com a mesma união indissolúvel, sem incluir o Município, concedendo-lhe, contudo, autonomia administrativa, política e tributária, exceto quando localizado em área considerada de segurança nacional (arts 1º § 1º e 28). A Constituição de 1967 reproduziu a mesma estrutura (arts. 1º e 16), mantida pela Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (arts. 1º e 15).

A Carta Federal de 1988, além de incluir o Município como entidade integrante da República Federativa, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, ao tratar da organização político-administrativa do Estado e autorizar a edição de lei orgânica, a ele outorgou a mais completa autonomia (arts. 1º, 18 e 29).

A prerrogativa de poder editar sua lei orgânica, leis ordinárias e decretos necessários à sua organização, eleger através do voto dos munícipes o Prefeito, o Vice-prefeito e os Vereadores, com independência do Estado onde se situa e da União, além de exercer a plena administração dentro da sua competência, revela uma autonomia jamais vista nas Constituições anteriores. De acordo com breve exame destas, a outorga ao Município de

parcelas dos poderes administrativos do Poder Executivo, pela Lei Fundamental de 1988, se traduz na equiparação desse ente a Estado-membro.

A autonomia administrativa conferida ao Município brasileiro não é encontrada em Federações de Estados soberanos.⁸ O que se vê na estrutura organizacional alienígena é o Município delimitado no espaço dos Estados-membros, quando existentes, sem desfrutar de autonomia política, administrativa e tributária. O Município brasileiro desfruta de uma situação *sui generis*.

Todavia, a delegação de poderes administrativos ao Município não é arremedo de negócio jurídico gratuito e sim, oneroso. Isso porque se destina a desafogar a União e os Estados do exercício de certas funções e a dar cumprimento a deveres atinentes à condição de ente federado. O Município está mais perto da coletividade, na qual os fatos políticos, sociais e jurídicos ocorrem, desafiando pronta e eficaz atuação. Destarte, o ente federativo está vinculado a prestar serviço público eficiente, bem exercendo os poderes da Administração Pública. O Chefe do Executivo sanciona leis, expede decretos, arrecada tributos, governa e administra. Deve direcionar seu comportamento à estruturação e ao desenvolvimento do Município, de modo a atingir o bem-estar dos administrados.

A vinculação com a Administração Pública municipal, sua proximidade e a confiança que os administrados nela depositam formam um vínculo que transborda a simples relação jurídica de direito público. Não se compara com qualquer outro liame subjetivo que eles mantêm com as demais pessoas jurídicas de direito público, isto é, com o Distrito Federal, o Estado ou a União. Assemelhando-se à relação jurídica da previdência social, os administrados se submetem à relação de dependência com o Município. Este arrecada dos munícipes o imposto de transmissão *inter vivos*, o imposto predial ou territorial urbano e o imposto sobre serviços,

⁸ Paulo Bonavides destaca: “nunca esteve o município numa organização federativa tão perto de configurar aquela realidade de poder - o chamado *pouvoir municipal* - almejado por numerosa parcela de publicistas liberais dos séculos XVIII e XIX, quanto na Constituição brasileira de 1988” (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 13. ed., 2003, p. 347).

tratados no art. 156 da Constituição Federal, para prestar os benefícios, vale dizer, fornecer “bens públicos”, assim denominados no linguajar da justiça distributiva.

A profundidade da relação jurídica entre o Município e o administrado vai mais além: chega à relação sucessória. Não sobrevivendo cônjuge, companheiro ou parente sucessível do munícipe quem irá suceder nos seus bens, desde que ali domiciliado, é justamente o Município, *ex vi* do art. 1844 do Código Civil. Vinculado a cada um deles e sendo sucessor legal de todos que não deixarem herdeiros legítimos ou testamentários, o Poder Público municipal tem o dever - em obediência a imperativo constitucional - de adotar política urbana que tenha como escopo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes (art. 182 da Carta da República).

Como corolário, o Município não pode se isolar para atuar à revelia dos seus administrados no que diz respeito à elaboração de projetos de desenvolvimento urbano e à gestão da cidade. Conforme se verá, a Lei nº 10.257/01 dispõe que todos os municípios estão vinculados a proceder de acordo com os princípios que norteiam a democracia deliberativa e a gestão democrática da cidade (arts. 2º, II e XIII; 4º, III, a; 40 § 4º, I; 43, II e 44). A Lei da Ordem Urbanística impõe às autoridades municipais estrita observância dos procedimentos que devem contar com a participação, discussão e deliberação da população ali residente ou domiciliada. Ao reverso, ou seja, na omissão ou dispensa da participação dos munícipes ou das entidades comunitárias, na elaboração do plano diretor ou dos debates, audiências e consultas públicas, ocorrerá violação não só dos princípios da legalidade e da eficiência, tratados no art. 37 da Constituição Federal, como também dos princípios norteadores da democracia deliberativa e da gestão democrática da cidade, perfilhados pelos arts. 40 § 4º; I, 43; II e 44 do Estatuto da Cidade.

Ao lado da eficiência, a legalidade se traduz em um dos princípios mais relevantes para o bom exercício da Administração Pública. Se a Lei nº 10.257/01 impõe ao Município o dever de planejar para o seu pleno desenvolvimento e garantir o bem-estar de

seus habitantes, a omissão traduz violação do princípio da legalidade. O planejamento inadmite o imprevisto. Imagine-se, ***exempli gratia***, um plano diretor destituído de normas referentes a ocupações e construções de imóveis numa cidade com mais de trezentos mil habitantes, com 80% da população residindo na região urbana. Seria a desordem urbanística. É mister planejar. E como se diz: planejar é administrar interesses.⁹

O Município tem conhecimento de que o atuar conforme preconizado pela Lei da Ordem Urbanística, além de planejar, preserva e mantém a ordem jurídica. Demonstra eficiência na prestação do serviço público. Nos dias coevos, em que se verifica a presença de uma tensão permanente nas cidades de maior densidade demográfica, convolada em lutas e desafios, tudo deve ser feito para se preservar e manter a ordem jurídica.¹⁰ É função do ente público municipal integrante da Federação.

3. REPÚBLICA E DEMOCRACIA. DEMOCRACIA DELIBERATIVA E GESTÃO DEMOCRÁTICA

3.1 - República e Democracia

As formas de governo são duas: monarquia e república. A monarquia é o regime político em que a soberania da Nação está entregue a uma só pessoa, sem participação do povo no governo. A república se traduz no regime político em que o povo participa do governo, opondo-se à monarquia. Assim, se o poder soberano está nas mãos de uma única pessoa, trata-se de monarquia; se dito poder está nas mãos de uma minoria do povo ou da sua maioria, cogita-se de uma das duas espécies de república, vale dizer, aristocracia ou democracia.

⁹ Elida Séguin afirma que “a imposição constitucional da obrigatoriedade de Plano Diretor para cidades com mais de 20 mil habitantes é forma de compatibilizar regras e harmonizar interesses” (**Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 51).

¹⁰ Zygmunt Bauman adverte que “as cidades contemporâneas são os campos de batalha nos quais os poderes globais e os sentidos e identidades tenazmente locais se encontram, se confrontam e lutam, tentando chegar a uma solução satisfatória ou pelo menos aceitável para esse conflito” (**Confiança e Medo na Cidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 35).

Na aristocracia, um pequeno grupo de indivíduos governa. Essa forma de governo, na Antiguidade, não era considerada espécie de república, como enfatizado por Aristóteles (**A Política**). Situava-se entre a monarquia e a democracia, como categoria independente. A aristocracia nem sempre está voltada para atender ao interesse geral. Não é incomum o atendimento de interesses particulares. Na democracia, a maioria do povo governa, sempre no interesse geral.¹¹

A democracia está para o direito público como a associação está para o direito privado, pois se cogita de uma reunião de pessoas que, diretamente ou pelos representantes que elegeram, conjugam esforços para, após participarem e debaterem, emitir ordem social direcionada a atender ao interesse do universo de indivíduos.

Na democracia não cabe acolher o interesse de poucos. Relevante é a ordem social estar em conformidade com o maior número possível de sujeitos.¹²

Segundo o conhecido discurso de Abraham Lincoln, em 1863, a democracia *“é o governo do povo para o povo e pelo povo”*, isto é, o poder vem do povo, que o exerce para o atendimento do interesse de todos os indivíduos participativos. O atendimento do interesse do povo (geral) é o objetivo mais relevante na democracia. Essa relevância chegou ao ponto de Robespierre, no projeto de declaração de direitos da França, propor, na Convenção de 23/04/1793: *“O povo é soberano: o governo é sua obra e sua propriedade, os funcionários públicos são como seus empregados.*

¹¹ Norberto Bobbio registra que “com respeito ao seu significado descritivo e segundo a tradição dos clássicos, a democracia é uma das três possíveis formas de governo na tipologia em que as várias formas de governo são classificadas com base no diverso número dos governantes. Em particular, é a forma de governo na qual o poder é exercido por todo o povo, ou pelo maior número, ou por muitos, e enquanto tal se distingue da monarquia e da aristocracia, nas quais o poder é exercido, respectivamente, por um ou por poucos” (**Estado, Governo, Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 14. ed. 2007, p. 137).

¹² Hans Kelsen registra que “a idéia subjacente ao princípio de maioria é a de que a ordem social deve estar em concordância com o maior número possível de sujeitos e em discordância com o menor número possível de sujeitos” (**Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 4. ed., 2005, p. 410).

O povo pode, a seu talante, mudar o governo e destituir seus mandatários”.

Afastadas as conotações absolutistas e totalitárias pelo Estado moderno, tem-se que a democracia é a forma de governo mais condizente com o Estado pós-moderno ou contemporâneo. Pressupõe o Estado de Direito.

A Constituição Federal de 1946 dispôs no art. 1º, 2ª parte, que *“todo poder emana do povo e em seu nome será exercido”*. A Carta Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, reproduziram o mesmo preceptivo no art. 1º, parágrafo 1º. Sem se afastar do indigitado preceptivo constitucional, expressando como ele se exercita, o parágrafo único do art. 1º da Lei Fundamental vigente estatui que *“todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*. O *caput*, entretanto, foi mais além: houve por bem explicitar os entes públicos que integram a República, que se constitui em Estado Democrático de Direito, adotando como fundamento, dentre outros, a soberania, assegurando também esse Estado quando o Estatuto Maior adota o pluralismo político (art. 1º, V), a separação dos Poderes (art. 2º), os direitos e garantias fundamentais, sociais e políticos (arts. 5º, 6º, 7º, 14 e segs.), a organização partidária (art. 17), e os limites do que pode ser objeto de Emenda Constitucional, ou seja, as cláusulas pétreas (art. 60 e parágrafos).

No Estado Democrático de Direito, o Poder Executivo curva-se ao regramento jurídico existente. A este se limita o exercício dos poderes, submetendo-se às normas legais e regulamentares hierarquizadas. O Poder não dispõe de competência para derogá-las, nem pode deixar de aplicá-las no âmbito de suas atribuições, sob pena de se sujeitar ao controle jurisdicional. De sua parte, o Poder Judiciário deve se pautar pela imparcialidade e aplicar as normas que integram a legislação vigente.

A democracia está a merecer breve estudo sobre suas espécies. Ela pode ser direta, indireta, participativa e deliberativa.

A democracia direta é aquela em que o povo, em assembleias públicas, decide sobre as matérias de interesse da comu-

nidade. A democracia indireta, também denominada representativa, é a que os cidadãos elegem seus representantes, ou seja, os que vão ocupar a chefia do Executivo ou representá-los nas funções legislativas, atuando, neste caso, na defesa dos seus interesses como se estivessem presentes. A democracia participativa, cognominada mista ou, ainda, plebiscitária, caracteriza-se pela conjugação da democracia direta com a indireta. Quando o art. 1º, parágrafo único, da Carta da República dispõe que o poder é exercido pelo povo, diretamente, está admitindo o exercício da democracia participativa.

A mescla da democracia representativa com a democracia direta dá origem à democracia participativa.¹³

O exercício da democracia participativa deve contar com previsão de norma constitucional ou legal. Nessa espécie de república os integrantes da coletividade ou as associações representativas da comunidade são chamados a participar, em espaço público, da votação das matérias que diretamente lhes interessam. As matérias consideradas secundárias ficam a cargo dos representantes para decisão. O mesmo ocorre com as que dizem respeito à pauta ordinária de alterações, como, *exempli gratia*, as matérias regulamentadas anteriormente, necessitando de simples atualização, assim como as modificações legislativas que não afetam as relações jurídicas dos indivíduos participativos.

A Constituição de Portugal, de 1976, adotou a democracia participativa nos arts. 81, alínea o, e 118, estimulando a participação de trabalhadores e de organizações nas decisões referentes a medidas econômicas e sociais relevantes, de organizações populares no poder local e da população na Administração Judiciária, respectivamente.

¹³ José Afonso da Silva afirma que: “É no regime de democracia representativa que se desenvolvem a *cidadania* e as questões da *representatividade* que tende a fortalecer-se no regime de democracia participativa. A Constituição combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia participativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí se diz que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos* (democracia representativa) ou *diretamente* (democracia participativa). Consagram-se, nesse dispositivo, os princípios fundamentais da ordem democrática adotada” (“Princípios Constitucionais Fundamentais”, in *20 Anos de Constituição Cidadã*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer, 2008, p. 16).

Com relação à participação de grupos e associações no procedimento legislativo, em matéria constitucional não houve unanimidade desse entendimento. Há mais argumentos contra do que favoráveis aos benefícios que essa espécie de democracia pode produzir.¹⁴

A Constituição da Espanha, de 1978, no art. 105, também a perfilhou, admitindo a audiência de cidadãos diretamente ou através das organizações e associações reconhecidas por lei no procedimento de elaboração das disposições administrativas que os afetem.

No caso brasileiro, além de estar prevista no art. 1º, parágrafo único antes ressaltado, a Lei Maior adota a democracia participativa ao tratar da: a) participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos, em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 10); b) cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII); c) iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros (art. 29, XIII); d) participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados na organização e gestão da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII); e) participação da comunidade nas ações e serviços de saúde (art. 198, III); f) participação da população nas ações governamentais na área de assistência social (art. 204, II);

¹⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, ao tratar da Democratização e Participação na Legislação afirma: “o problema da participação dos *grupos* e *associações* na legislação é um problema controvertido na ciência política e no direito constitucional. Por um lado, critica-se a *institucionalização* da participação dos grupos no processo legislativo porque isso representa uma intromissão intolerável na liberdade dos órgãos legislativos, além de constituir um atentado mais ou menos claro ao princípio representativo. Por outro lado, a não institucionalização da participação acaba, em geral, na existência de ‘formas sociais de pressão institucionalizadas’, como é abundantemente demonstrado pelos *pressure groups* e os “*lobbies*”. Como desvantagem da institucionalização, saliente-se ainda que ela é perigosa para o Estado, pois este, além de poder ser forçado a uma tarefa ou relação de coordenação com grupos, pode ver prejudicada a sua liberdade fundamental de decisão; do lado dos grupos, ela não é menos perigosa, porque eles são chamados a desempenhar funções para que não estão legitimados, além de muitas vezes poderem resvalar para o compromisso, a letargia e apatia, contra os interesses dos próprios associados. Isto traduzir-se-ia numa perda de atractividade pelas associações (*Verlust an Attraktivität*) e na acentuação da oligarquia dos funcionários das mesmas associações” (*Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 6. ed., 1993, p. 429-430).

e) gestão democrática do ensino público (art. 206, VI). Vê-se que a democracia participativa tem previsão para ser perfilhada em matérias que interessam a diversos segmentos da coletividade.

Inobstante se verificar uma incompleta estruturação de órgãos da Administração Pública encarregados de gerir as matérias de interesse dos indivíduos integrantes da coletividade, a democracia participativa nacional vem alcançando resultados satisfatórios, pelo menos em alguns setores, como nas ações governamentais atinentes à assistência social e ao ensino público.

A democracia deliberativa, pela sua importância e adoção dos seus princípios pelo Estatuto da Cidade, é objeto do estudo seguinte.

3.2 - Democracia Deliberativa e Gestão Democrática de Inspiração Habermasiana

A democracia deliberativa apresenta semelhança com a democracia participativa. Pode ser dito que se cogita de uma democracia participativa aprofundada ou qualificada pela maior atuação das pessoas físicas ou jurídicas representativas.

Como foi visto, na democracia participativa, as pessoas e as associações representativas são chamadas a votar nos plebiscitos promovidos pelo Poder Público. Não chega a atingir a permissibilidade dos discursos e debates, com oferecimento das razões discursivas antes da deliberação.

Na democracia deliberativa, as pessoas integrantes da coletividade e as associações representativas são chamadas ao discurso, aos debates e à deliberação de matérias que dizem respeito aos seus interesses. A convocação é direcionada à participação de uma decisão coletiva.¹⁵

¹⁵ José Fernando de Castro Farias, com fulcro na doutrina de John Dryzek, in **Deliberative Democracy and Beyond. Liberals, Critics, Contestations**, p. 1, anota que “a partir de 1990, alguns autores passaram a dar à democracia um contorno eminentemente ‘deliberativo’. A democracia é a maneira pela qual as decisões coletivas são tomadas. Antes da virada deliberativa, a democracia era vista principalmente em termos de agregação das preferências ou interesses nas decisões coletivas através de dispositivos tais como voto, representação, etc. Já para os autores que defendem uma ‘democracia deliberativa’,

A democracia deliberativa é aquela em que - apesar de ser também representativa, uma vez que a população também elege seus representantes - os indivíduos são chamados, em espaço público, a participar da discussão das matérias submetidas à decisão, podendo debater, apresentar argumentos e deliberar. Eles também votam nas matérias que mais diretamente lhes interessam.

A democracia deliberativa vai mais além do que eleger representantes.¹⁶ Permite-se deliberar publicamente sobre o que vai ser decidido.¹⁷

O procedimento democrático-deliberativo é um arremedo de audiência de conciliação, instrução e julgamento, com apresentação de pedido e resposta (proposta e debates), alegações das partes (discursos), culminando com a decisão (deliberação). É um arremedo do estar em juízo. A diferença, todavia, reside no fato da deliberação ser coletiva. Além disso, desfruta de maior legitimidade quando a polycitação, após se submeter às críticas dos que argumentaram em contrário, consegue superá-las.

Ao reverso do que se vê na democracia representativa, a democracia deliberativa não é inerte, nem se esgota com a eleição dos representantes dos indivíduos. Estes são chamados a participar, discutir, debater e deliberar com aqueles, numa demonstração da verdadeira soberania popular, legitimando o resultado da decisão do Estado.

a essência da legitimidade democrática é vista como habilidade ou oportunidade dos cidadãos de participarem de uma autêntica decisão coletiva. Os indivíduos devem aceitar a decisão somente se esta puder ser justificada para eles em termos convenientes” (**Ética, Política e Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 205).

¹⁶ Luis Roberto Barroso salienta que “na configuração moderna do Estado e da sociedade, a idéia de democracia já não se reduz à prerrogativa popular de eleger representantes, nem tampouco às manifestações das instâncias formais do processo majoritário. Na *democracia deliberativa*, o debate político amplo, realizado em contexto de livre circulação de idéias e informações, e observado o respeito aos direitos fundamentais, desempenha uma função racionalizadora e legitimadora de determinadas decisões políticas” (**Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 91).

¹⁷ Cláudio Pereira de Souza Neto enfatiza: “para a perspectiva democrático-deliberativa, a democracia envolve, além da escolha de representantes, também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas” (**Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.10).

A democracia deliberativa concilia a soberania popular com o Estado de Direito, pela participação no debate e deliberação dos indivíduos, que em princípio, estavam submetidos a acatar decisão que não tiveram oportunidade de discutir, caso ela não fosse adotada.

O fundamento da democracia deliberativa é a teoria habermasiana da ética do discurso.¹⁸ Além disso, deve ser acrescentado que o procedimento deve contar com o espaço público destinado à discussão da proposta por todos os participantes antes da deliberação.¹⁹

As conferências de Habermas em Harvard (*Tanner Lectures*), proferidas a partir de 1986, passaram a formular um novo debate, indagando “*como é possível a legitimidade através da legalidade?*” Com esteio no conceito de “agir comunicativo” extraído da *Teoria do Agir Comunicativo*, em 1981, assim como na aplicação desse conceito na esfera da ética, com inspiração kantiana em *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, em 1983, o filósofo alemão apresenta estudo para melhor compreensão das relações, levando em conta a autonomia privada e a autonomia pública.

Na autonomia privada os destinatários e os autores do direito podem utilizar a liberdade subjetiva de ação, desde que não prejudique a liberdade subjetiva dos demais. O direito só pode exigir que os indivíduos se pautem por uma conduta consoante disposta na lei. Tudo que por ela não for proscrito pode ser praticado, como diz Habermas. A autonomia privada consagra que o direito deve

¹⁸ Antonio Cavalcanti Maia, recordando preleção de Habermas, registra que “o princípio do discurso tem a seguinte formulação: somente são válidas aquelas normas de ação às quais todas as pessoas possivelmente afetadas poderiam dar o seu assentimento como participantes em um discurso racional” (*Jürgen Habermas: Filósofo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 108).

¹⁹ Cláudio Pereira de Souza Neto, ao comentar sobre o tema, anota que “no plano da ética do discurso Habermas busca erigir um contexto ideal de comunicação, capaz de incluir, em condições de igualdade e liberdade, todos os participantes do processo comunicativo. Como se observará, a deliberação pública e suas condições podem ser reconstruídas através desse núcleo normativo da ética do discurso. No plano da teoria social, Habermas apresenta a esfera pública como espaço em que as expectativas normativas que emergem do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação, passando então a legitimamente ostentar a pretensão de permear o processo decisório que tem lugar no âmbito estatal. Essa esfera pública é o principal elemento do arranjo institucional da democracia deliberativa, por permitir uma participação permanente do povo, sem que esta dependa de uma incorporação formal em assembléia, inviável no contexto contemporâneo” (obra citada, p. 127).

autorizar os indivíduos participativos a elegerem sua concepção de melhor forma de vida. Além disso, a autonomia privada é o sinal verde para que eles possam fazer uso da liberdade subjetiva através de discursos jurídicos voltados para a produção de normas.

Na autonomia pública, os indivíduos reconhecem não só a legitimidade do direito, como também dos discursos jurídicos que originaram as leis. Ela é encontrada nos preceptivos legais e nos discursos jurídicos (debates) que precederam a produção desses dispositivos. A par disso, as disposições legais são respeitadas em decorrência do indigitado reconhecimento da legitimidade do processo democrático de produção das normas legais. A autonomia pública reúne a perspectiva dos indivíduos com as dos autores do direito, bem como a legitimidade dos diplomas legais editados.²⁰

Na democracia deliberativa se obtém maior validade das normas jurídicas, em decorrência da participação, discussão, debates e deliberação das pessoas físicas e jurídicas representativas dos segmentos sociais. Os que participaram da formação do direito normatizado não hesitam em dar obediência e cumprimento às normas. Permite-se deliberar publicamente sobre o que vai ser decidido.²¹ Os procedimentos da democracia deliberativa estão habilitados a produzir esse resultado.²²

²⁰ Aylton Barbieri Durão enfatiza que “a autonomia pública consiste no reconhecimento da legitimidade da lei, assim como da legitimidade dos discursos democráticos de produção de leis. Isso implica que a autonomia pública também pode ser encontrada tanto no nível das normas jurídicas como nos discursos de produção dessas normas, assim como pode ser partilhada de acordo com a perspectiva dos destinatários e dos autores do direito. Segundo a perspectiva dos destinatários, as normas jurídicas podem ser seguidas por respeito à lei, na medida em que os agentes consideram que elas merecem reconhecimento, o qual, por sua vez, depende do reconhecimento da legitimidade do processo democrático de produção de normas. Então, a autonomia pública conecta a perspectiva dos destinatários com a dos autores do direito, assim como a legitimidade das normas jurídicas com a legitimidade da própria democracia [Habermas, 1994, p. 153-154]” (“A Tensão entre Facticidade e Validade no Direito Segundo Habermas”, in *O Pensamento de Habermas em Questão*. São Paulo: Oficina Universitária da Unesp, 2008, p. 22).

²¹ Jürgen Habermas assevera que “a validade social de normas do direito é determinada pelo grau em que consegue se impor, ou seja, pela sua possível aceitação fática no círculo dos membros do direito” (*Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2. ed. 2003, p. 50).

²² Lúcia Aragão anota que “a legitimidade do direito só se materializa através de um processo de formação discursiva da opinião e da vontade. E observa que Habermas quer

A gestão democrática consiste na administração coletiva empreendida pelo Poder Público com a participação da população interessada nos assuntos que dizem respeito à sua vida em sociedade. A gestão democrática de bem ou interesse é um corolário da democracia deliberativa. Na gestão democrática, verifica-se a participação da população na Administração, como se infere-se da leitura dos arts. 194 § único, VII e 206, VI, da Constituição Federal, que cuidam, respectivamente, das ações conjuntas dos Poderes Públicos e da sociedade, com o objetivo de assegurar os direitos atinentes à saúde, à previdência e à assistência social e ao ensino público, como foi ressaltado.

A gestão democrática é princípio normativo perfilhado pelo Estatuto da Cidade. Os arts. 4º, III, *f* e 43 a 45 da Lei nº 10.257/01 dispõem, respectivamente, que se trata de uma das diretrizes gerais da execução da política urbana e assecuratória da realização de debates, audiências e consultas públicas da população sobre projetos de lei que tratem de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, plano plurianual, orçamento e participação da população na gestão das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, com controle da atividade. Trata-se de vinculação do Poder Público municipal à lei, no desempenho da boa política de desenvolvimento urbanístico. Omitindo-se nos procedimentos de participação dos municípios nas propostas de gestão da cidade, a deliberação de cada matéria que a eles interessar estará com sua validade comprometida, com o risco de ocorrer o descumprimento dos comandos legais.

acrescentar algo mais a esse veio normativo do direito, de modo que a ele também possa tornar-se um meio de assegurar as *condições fáticas* para utilização dos direitos formais iguais, que *efetivamente* propicie igualdade de oportunidades. E a única forma de assegurar essa igualdade de chances, segundo seu ponto de vista, é através da participação: não apenas da participação política formal, que se resume a cada cidadão exercer o direito de votar e ser votado nas eleições oficiais, mas também da participação social e cultural, por meio da sua inclusão na formação de uma opinião pública política, não restrita ao âmbito parlamentar. Isto significa dar oportunidade aos membros de tomar parte na discussão e decisão de questões que dizem respeito à vida em sociedade” (Habermas: **Filósofo e Sociólogo do Nosso Tempo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 197-198).

4. A DEMOCRACIA DELIBERATIVA E A GESTÃO DEMOCRÁTICA NO ESTATUTO DA CIDADE, DE ACORDO COM A JUSFILOSOFIA HABERMASIANA

Antes da edição do Estatuto da Cidade, a Lei nº 6.766/79, que trata do Parcelamento do Solo, fez previsão para a instituição de um plano diretor, contendo diretrizes de urbanização para a região em que se situa o loteamento, com o objetivo de organizar e estruturar as cidades com mais de cinquenta mil habitantes (arts. 6º a 9º). De índole embrionária, não estabeleceu normas para a elaboração do plano diretor. O diploma legal não faz a menor referência à participação dos munícipes na elaboração do projeto de lei para sua edição e vigência. O mesmo pode ser dito da gestão democrática.

Com trinta anos de vigência, a Lei nº 6.766/79 convolveu-se, apenas, no diploma legal sucedâneo do vetusto Decreto-lei nº 58/37, que cuidava dos loteamentos em geral, apresentando novas regras de controle e fiscalização do parcelamento do solo pelo Município, Distrito Federal e pelo Ministério Público, além de estabelecer procedimentos voltados para satisfazer interesses individuais e coletivos dos adquirentes de lotes de terreno.

Para regulamentar a norma constitucional que versa sobre a política de desenvolvimento urbano, inscrita no art. 182 da Lei Fundamental, foi editada a Lei nº 10.257/01, que instituiu para todos municípios o que se denominou de estatuto. Desde logo, o diploma legal passou a ser designado como Estatuto da Cidade, perfilhando o entendimento habermasiano nos preceptivos legais constantes dos arts. 2º, II e XIII; 43, II e IV; 44 e 45, que tratam do plano diretor e da gestão democrática da cidade.

A regulamentação das normas insculpidas no art. 182, §§ 1º e 2º, da Carta Federal pelos arts. 1º, 2º, 4º, 39, 40 e 41 da Lei nº 10.257/01, atribuiu ao Poder Público Municipal a função de “agente fiduciário” do planejamento e da execução do ordenamento urbanístico. Com isso, ele se vinculou a cumprir o procedimento necessário à aprovação do plano diretor, instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, integrante do planejamento municipal de todas as cidades com mais de vinte mil habitantes, situadas em regiões metropolitanas ou turísticas.

O procedimento de elaboração do plano diretor e da fiscalização de sua implementação, cognominado de “processo”, adota os princípios da democracia deliberativa quando o inciso I do § 4º, do art. 42, da Lei nº 10.257/01, dispõe que ele não prescinde da realização de audiências públicas, debates, participação da população e de associações representativas dos diversos segmentos da comunidade. Na verdade, são procedimentos coletivos que devem conjugar os interesses do Município e dos munícipes.

Na mesma direção, a gestão democrática da cidade deve contar com órgãos colegiados de política urbana, debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre os assuntos de interesse urbano, iniciativa popular de projeto de lei, planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, conforme dispõe o art. 43. São procedimentos que - se não observados pelo Município - propiciam a incidência dos agentes públicos nas sanções de improbidade administrativa de que trata a Lei nº 8.429/92, haja vista a previsão do art. 52, VII, do Estatuto da Cidade.

De acordo com o art. 50 desse diploma legal, na redação dada pela Lei nº 11.673/08, o prazo para aprovação do plano diretor se encerrou em 30/06/08. Os agentes públicos que se omitiram estão em mora com o dever de cumprir as determinações que objetivam dar cumprimento aos princípios da participação e deliberação democráticas na elaboração das leis de gestão da cidade. Apesar do advento do *dies ad quem* para aprovação do plano diretor, podendo estar caracterizada a improbidade administrativa - caso não milite em prol do Prefeito excludente da sua responsabilidade - ainda é tempo de cumprir as demais normas destinadas a dar execução à gestão democrática da cidade.

Essas normas se referem aos debates, audiências e consultas públicas, à conclamação dos munícipes para apresentar projetos de leis de programas e de desenvolvimento urbanos, de diretrizes orçamentárias e orçamento anual pela população e associações representativas e sua participação nas gestões das regiões metropolitanas, conforme dispõem os arts. 43, 44 e 45, do Estatuto da Cidade. De acordo com o que dispõem os preceptivos legais que recomendam a adoção da democracia deliberativa no

interesse coletivo, o Poder Público municipal está submetido ao dever de tudo fazer para dar execução à boa política de desenvolvimento urbano, vinculado que está às determinações insculpidas no art. 182, da Lei Maior.

As normas do Estatuto da Cidade pertinentes à democracia deliberativa e a gestão democrática integram o direito moderno, da era contemporâneo-habermasiana e de caráter universal, legitimado pelo processo legislativo, que têm supedâneo na soberania.²³

5. CONCLUSÃO

A inobservância das diretrizes traçadas pelo Estatuto da Cidade, como foi visto, colide com o princípio da legalidade e abalroa o da eficiência. Fere os princípios específicos da democracia deliberativa e da gestão democrática da cidade. A omissão dos agentes públicos também. O comportamento omissivo tem reflexos internos e externos. Aqueles são evidenciados no âmbito da própria Administração Pública; estes eclodem no âmbito do Poder Judiciário. São os consectários negativos.

A omissão da instauração do procedimento de elaboração do plano diretor e de fiscalização da sua implementação, a não realização dos debates, audiências e consultas públicas, inclusive acerca da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, o fato de o Município não conclamar a população para apresentar projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano, a não participação da população e de associações representativas dos diversos segmentos da sociedade nos organismos gestores das regiões metropolitanas, violam as recomendações legais constantes dos arts. 39 a 45, do Estatuto. Demais disso, todo esse comportamento omissivo e inercial responde pela formação da cidade ilegítima, vale dizer, a que se forma à margem da lei.

²³ De acordo com Habermas, “o direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apóia no princípio da soberania do povo” (Obra citada, v. I, p. 114-115).

O Estatuto conta nove anos de vigência. A elaboração da lei do plano diretor com a participação da população não se esgota com sua votação para ter vigência. Ela é o instrumento primordial da política do desenvolvimento e de expansão urbana, segundo o art. 40 § 1º, do Estatuto.

Ao entrar em vigor, o plano diretor serve de instrumento de fiscalização, vale dizer, de diploma legal que vai legitimar o Município a exercer a polícia administrativa, coadjuvado pela população e associações representativas que participaram das audiências públicas e debates discursivos, de modo a atingir o bem-estar dos que residem ou são domiciliados na cidade. Aliás, o exercício da polícia administrativa, em matéria de fiscalização de ocupações e construções no âmbito da circunscrição municipal, requer comportamento comissivo.

O Município do Rio de Janeiro, *exempli gratia*, vive um grande caos urbanístico. Pautado pela omissão durante muitos anos, somente no ano passado se comprometeu a “acelerar a discussão no novo plano diretor”, como registrou o jornal **O Globo**, de 18/07/09, sábado, caderno Rio, p. 13. Os anos de omissão serviram para acomodar loteamentos, ocupações e construções irregulares. Desde há muito a Capital do Estado do Rio de Janeiro integra o rol das cidades ilegítimas.

Se o plano diretor tivesse se convolado em lei, com estrita observância do cumprimento das normas legais que versam sobre a gestão democrática da cidade, não só o Rio de Janeiro, como os municípios de maior densidade demográfica não chegariam ao extremo da desordem urbanística, com prejuízo para os munícipes e agrado da atividade jornalística, ávida em divulgar notícias que aumentam a descrença da população no serviço público, mas que ainda mantém a esperança de obter o recebimento dos benefícios.²⁴

²⁴ Ao discorrer sobre o tema “Cidade Formal x Cidade Informal”, José Carlos Alves da Silva, assevera que “nesse contexto, a população sofre os efeitos da *cidade ilegal*, arcando com os custos das inevitáveis intervenções do poder público para a sua regularização. Conflitos típicos das cidades desordenadas são travados diariamente por detentores de propriedades, entre si, assim como entre os que exercem atividades do mercado formal.

Estes se traduzem nos reflexos de âmbito interno.

Da análise do conteúdo do art. 50 do Estatuto da Cidade antes referido, é certo dizer que o prazo para aprovação do plano diretor se encerrou em 30/06/08. Os agentes públicos encarregados de implantar o plano diretor ou de modificar o que se tornou obsoleto estão em mora com o dever de cumprir as determinações que têm como objetivo dar cumprimento aos princípios da participação e deliberação democráticas na elaboração das leis de gestão da cidade. Persistindo a omissão, o Ministério Público, entes e pessoas jurídicas de direito público ou privado, detentores de *legitimatío ad causam* ativa, estão credenciados a ajuizar ação civil pública para compelir o Município a deflagrar os procedimentos supedaneados na democracia deliberativa e na gestão democrática, na defesa dos interesses difuso e coletivo (art. 129, III, da Carta da República; art. 5º, da Lei nº 7.347/85).

A deflagração de ação civil pública, no caso da omissão, tem por fim condenar o Município a cumprir prestação de fazer, sob pena de multa. A *res in judicio deducta* é lastreada nos arts. 1º, VI; 3º e 11, da Lei nº 7.347/85, uma vez que - de caráter preventivo ou repressivo - objetiva preservar a ordem urbanística ou corrigir a omissão, na proteção dos interesses difuso e coletivo. A vinculação às normas legais do Estatuto impõe-lhe a assunção de comportamento comissivo, inexistindo opção no atuar, o que afasta a discricionariedade administrativa.

A decisão que o condenar a deflagrar os procedimentos não constitui invasão do Judiciário nas atribuições conferidas ao Executivo. Isso se deve ao objeto da ação civil pública, *in casu* a

Proprietários de imóveis desrespeitam as limitações de recuo e altura das construções, com edificações excessivamente altas que projetam sombras nas residências vizinhas, privando-as de insolação, aeração e iluminação. Merece destaque, na espécie, a construção de prédios de apartamentos em localidades onde as limitações outrora impunham um padrão de edificações unifamiliares. Isso ocorre, em regra, graças à habilidade de um poderoso *lobby* das empresas do mercado imobiliário, que logram convencer vereadores e prefeitos a modificarem, pontualmente e sem planejamento, o zoneamento das cidades. O comércio toma irregularmente o espaço das residências nas zonas em que as últimas deveriam predominar, tudo sob os olhos complacentes da Administração” (*in Direito Urbanístico e Ambiental*. DALLARI, Adilson e DI SARNO, Daniela Campos Libório (Coordenadores). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 277).

correção da omissão administrativa para compelir o Poder Público municipal a emitir ato vinculado. No direito processual público contemporâneo - que se rege pelo amplo acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da Carta da República) - a discricionariedade administrativa está submetida ao controle jurisdicional.²⁵ Com muito mais razão deve se sujeitar a vinculação administrativa.

Além disso, os administrados prejudicados pela omissão do Município, atingidos no seu patrimônio pela prática de ilícitos perpetrados por munícipes, responsáveis também pela desordem urbanística - provenientes da ausência de deflagração dos procedimentos mencionados e da fiscalização das ocupações e construções - têm interesse e legitimidade para exigir do Poder Judiciário a tutela judicial adequada a proteger seus direitos. Podem aforar as ações judiciais em desfavor do ente público para que possam obter o ressarcimento dos prejuízos suportados.

Estes são os reflexos da omissão no âmbito externo, que vão desaguar na jurisdição administrativa.

À proporção que se distancia do termo inicial da vigência da Lei nº 10.257/01, ou seja, de 09/10/01, percebe-se que fica mais difícil reverter a cidade ilegítima à ordem legítima. O termo final para aprovação do plano diretor se encerrou em 30/06/08, tal como se enfatizou. Aos Prefeitos municipais que assumem seus mandatos de quatro em quatro anos, em substituição aos que deixam o Executivo local, compete corrigir as omissões, na tentativa de recuperar o tempo perdido. Para isso são eleitos, uma vez que a Administração Pública existe para prestar serviços à coletividade, seja qual for o seu nível político.

²⁵ Luis Roberto Barroso, ao desenvolver estudo sobre “A possibilidade de Controle Judicial do Mérito do Ato Administrativo”, sustenta que “o conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade), e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade, permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)”. *in* obra citada, p. 376.

Por ocasião da assunção dos seus mandatos, devem os Prefeitos dar início aos procedimentos democráticos delineados na lei de regência para elaborar o plano diretor ou rever os que porventura foram instituídos há mais de dez anos, além de dar estrita execução aos comandos legais que regem a gestão democrática da cidade, priorizando as normas que cuidam dos projetos de leis de diretrizes orçamentárias e de planos de desenvolvimento urbano.

Isso quer dizer que, na mudança de governo municipal, cumpre ao Prefeito, ao assumir, implantar desde logo a democracia deliberativa procedural, de inspiração habermasiana que, como se vê dos dispositivos analisados, está muito bem delineada no Estatuto da Cidade. Assim agindo, o Município sob a sua administração será candidato a deixar o extenso rol dos que integram a cidade ilegítima. A assunção de um comportamento traduzido no *facere*, com abandono da leniência administrativa e da conduta omissiva, que muitas vezes caracterizam a democracia comum, é o que os munícipes e administrados esperam.

Da parte dos seus destinatários, ou seja, dos indivíduos participativos, urge que eles permutem sua condição de sujeitos privados do direito pela perspectiva de participantes dos procedimentos de entendimento acerca de regras de convivência recíproca.²⁶ Para tanto, devem mostrar interesse nos meios preventivos da ordem urbanística, servindo-se da via administrativa ou extrajudicial, através de requerimentos, pleiteando a deflagração dos procedimentos previstos na Lei nº 10.257/01. Se eles também se omitem, não colaboram com a preservação da precitada ordem.

Outrossim, urge que, tendo participado dos discursos, debates e da deliberação, *verbi gratia*, do plano diretor, como destinatários das normas legais e regulamentares, os munícipes não se olvidem da validade do que decidiram no espaço público, devendo

²⁶ No Posfácio da sua obra, Habermas registra: “para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência. Nesta medida, o Estado democrático de direito depende de motivos de uma população acostumada à liberdade, os quais não são atingidos pelas intromissões do direito e da administração” (*Direito e Democracia entre Facticidade e Validade*, v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 323).

reverenciá-las, assumindo, inclusive, a posição de coadjuvantes dos fiscais da ordem urbanística, denunciando às autoridades municipais as irregularidades que caracterizam e implantam a desordem. Do contrário, serão indivíduos participativos da coletividade de Município em que a democracia deliberativa restou implantada, porém os resultados não atingiram os objetivos da execução da política urbana preconizada no art. 182 da Lei Fundamental. 